

## Reklama jako praktyka wprowadzająca w błąd

Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych może wyrzucić dość istotny wpływ na stosowanie polskich regulacji prawnych dotyczących nieuczciwej reklamy. Zrozumienie tego wpływu wymaga krótkiej charakterystyki dotychczasowego stanu prawnego, znaczenia dyrektywy 2005/29/WE dla reklamy oraz oceny skutków jej implementacji (za pomocą u.p.n.p.r.) do polskiego porządku prawnego.

### 1. Stan sprzed implementacji

Poniższe uwagi dotyczyć będą regulacji dotyczących reklamy na gruncie prawa nieuczciwej konkurencji. Poza zakresem zainteresowania znajdują się zatem regulacje czysto sektorowe, np. reklama farmaceutyczna, reklama alkoholu, czy reklama wyrobów tytoniowych.

Problematyce reklamy poświęcony był i jest art. 16 u.z.n.k., implementujący do prawa polskiego zarówno postanowienia dyrektywy o reklamie wprowadzającej w błąd, jak i dyrektywy o reklamie porównawczej. Przepis ten nie zawiera definicji reklamy, jednakże dominujące stanowisko każe rozumieć to pojęcie bardzo szeroko. Na gruncie u.z.n.k. istotne jest zatem, czy dany przekaz informacyjny zostanie zakwalifikowany jako reklama, ponieważ tylko twierdząca odpowiedź na takie pytanie umożliwia stosowanie art. 16 tej ustawy. Nie oznacza to jednak, że przekazy informacyjne o funkcji reklamowej lub znajdujące się „na granicy” reklamy nie mogą być zakwalifikowane jako czyny nieuczciwej konkurencji na podstawie innych przepisów u.z.n.k. (oprócz klauzuli generalnej, to byłoby bowiem zasadniczo zawsze możliwe). Tytułem przykładu stosowanie opakowań wprowadzających w błąd co do pochodzenia towaru może być formą reklamy oraz innego czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w art. 10 ustawy. Rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji o własnym przedsiębiorstwie lub produktach, niezależnie od tego, czy jest reklamą, może również stanowić delikt, o którym mowa w art. 14 u.z.n.k. Twierdzi się więc, że także na gruncie u.z.n.k. kwalifikacja przekazu jako reklamy nie ma aż tak zasadniczego znaczenia<sup>1</sup>, jednakże przesadą byłoby powiedzieć, że nie jest istotna.

---

<sup>1</sup> Z. Okoń w: E. Traple (red.) *Prawo reklamy i promocji*, Warszawa 2007.

Kiedy u.z.n.k. chroniła triadę interesów (przedsiębiorców, konsumentów, publiczny), każdy przekaz reklamowy mógł podlegać ocenie pod kątem zgodności z jej przepisami. W szczególności na gruncie tego samego art. 16 ocenie podlegać mógł przekaz kierowany do konsumentów, jak i przekaz kierowany do profesjonalistów. Nie oznacza to oczywiście, że wyniki takiej oceny *in concreto* byłyby identyczne i trzeba to stwierdzenie z naciskiem podkreślić. Art. 16 używa na tyle elastycznych pojęć, że uwzględnienie specyfiki odbiorcy przekazu nie jest rzeczą trudną. Jeśli bowiem przekaz kierowany jest do profesjonalistów, to nie ulega wątpliwości, że oceniając czy reklama może wprowadzać w błąd stosuje się inny wzorzec oceny niż w przypadku reklamy kierowanej do konsumentów. Normatywną podstawą oceny były natomiast te same przepisy.

Dochodzenie ochrony na gruncie u.z.n.k. odbywa się na drodze postępowania cywilnego, a podmiotami legitymowanymi czynnie są przede wszystkim przedsiębiorcy, których interes jest zagrożony lub naruszony przez nieuczciwą reklamę (art. 18 u.z.n.k.). Równoległe możliwe jest jednak traktowanie nieuczciwej reklamy jako zachowania naruszającego zbiorowe interesy konsumentów, co upoważnia Prezesa UOKiK do wszczęcia postępowania w takiej sprawie. Z istoty reklamy wynika, że bardzo często ten rodzaj nieuczciwego zachowania może dotyczyć nieokreślonej liczby konsumentów, a zatem spełnia przesłankę istnienia „zbiorowego” interesu konsumentów<sup>2</sup>. Wszczynając postępowanie o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów przez nieuczciwą reklamę Prezes UOKiK, jeśli bezprawność zachowania chce wywodzić z przepisów u.z.n.k., musi stosować art. 16 tej ustawy. Istnieją jednak także inne możliwości ujęcia reklamy (przekazu informacyjnego) jako zbiorowego naruszenia interesów konsumentów.

## 2. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

Dyrektywa, a za nią ustawa implementująca, nie kładzie nacisku na kategorię praktyk z zakresu reklamy. Pojęciem ogólnym jest tu praktyka wprowadzająca w błąd. Nie ulega wątpliwości, że praktyką wprowadzającą w błąd może być również reklama, jednakże jest ona traktowana jako przejaw szerszej kategorii zachowań. Można powiedzieć, że regulacja dotycząca praktyk rynkowych jest w tym zakresie bardziej „dogmatyczna”, ponieważ buduje ogólne definicje, zamiast odwoływać się do pojęć powszechnie stosowanych potocznie, takich jak właśnie „reklama”.

---

<sup>2</sup> Na temat pojęcia zbiorowego interesu konsumentów zob. np. M. Sieradzka, *Wykładnia pojęcia „zbiorowy interes konsumentów” na tle orzecznictwa*, Glosa 3/2008. Jak wskazał SN w wyroku z 10 kwietnia 2008 r., III SK 27/07, OSNP 13-14/2009, poz. 188 *Praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest bowiem takie zachowanie przedsiębiorcy, które jest podejmowane w warunkach wskazujących na powtarzalność zachowania w stosunku do indywidualnych konsumentów wchodzących w skład grupy, do której adresowane są zachowania przedsiębiorcy, w taki sposób, że potencjalnie ofiarą takiego zachowania może być każdy konsument będący klientem lub potencjalnym klientem przedsiębiorcy*.

Reklama na gruncie u.p.n.p.r. nie ma więc „własnego” przepisu i musi być oceniana w oparciu o przesłanki dużej i małych klauzul generalnych. Celowe wydaje się zatem porównanie obu regulacji:

Na gruncie art. 16 u.z.n.k. zidentyfikować można różne rodzaje (postacie) reklamy nieuczciwej, jakkolwiek należy wskazać, że dana reklama może równocześnie stanowić naruszenie więcej niż jednego przepisu tego rodzaju. Wyróżnić zatem możemy:

1. Reklamę sprzeczną z przepisami prawa
2. Reklamę sprzeczną z dobrymi obyczajami lub uchybiającą godności człowieka
3. Reklamę odwołującą się do uczuć klientów przez wywoływanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci
4. Reklamę ukrytą, tj. wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji
5. Reklamę uciążliwą, tj. reklamę, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przysyłanie na koszt klienta niezamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji.
6. Reklamę porównawczą, w tym reklamę porównawczą, związaną z ofertą specjalną.

Na gruncie u.p.n.p.r. reklama może zostać uznana za nieuczciwą praktykę rynkową, jeśli będzie mogła być zakwalifikowana jako (a) praktyka wprowadzająca w błąd lub (b) praktyka agresywna, względnie (c) praktyka nieuczciwa na podstawie podstawowej klauzuli generalnej (art. 4 ust. 1 dyrektywy). Jak zatem widać sposób określenia zachowania bezprawnego jest inaczej realizowany na gruncie tych ustaw. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest regulacją bardziej kazuistyczną, a u.p.n.p.r., co może się wydawać na pierwszy rzut oka zaskakujące, bardziej „dogmatyczną”, operującą ściśle powiązаныmi klauzulami generalnymi.

Najprościej jest niewątpliwie stwierdzić, że „odpowiednikiem” czynu nieuczciwej konkurencji w postaci reklamy wprowadzającej w błąd może być nieuczciwa praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd. W tym akurat zakresie u.p.n.p.r., za wzorem dyrektywy, zawiera regulację bardziej rozbudowaną, albowiem szerzej opisuje nie tylko generalną postać wprowadzenia w błąd przez działanie i zaniechanie, ale także zawiera reguły interpretacyjne oraz oczywiście katalog praktyk bezwzględnie zakazanych. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przedstawia zaś na regulacji bardzo zwięzłej. Mimo to można stwierdzić, że praktyczne różnice między tymi regulacjami nie są wcale duże. Po pierwsze, podobny jeśli nie identyczny będzie wzorzec odbiorcy reklamy. Został on określony w u.p.n.p.r., jednakże wykorzystano tu doświadczenia zebrane w związku ze stosowaniem m.in. przepisów o reklamie wprowadzającej w błąd. Nie tylko sam punkt wyjścia

(tj. uważny, rozsądny, ostrożny konsument<sup>3</sup>), ale także jego bardziej szczegółowe przejawy (odwołanie się do kategorii podmiotów, do których kierowana jest reklama, rodzaju produktów reklamowanych, możliwość zaostrożenia kryteriów oceny w przypadku gdy reklama jest kierowana do „wrażliwych” kategorii odbiorców) były już znane na gruncie regulacji dotyczącej reklamy jako czynu nieuczciwej konkurencji. Podobnie nie budziło raczej wątpliwości, że reklama może wprowadzać w błąd nie tylko przez podanie nieprawdziwych informacji, ale także przez zaniechanie, a nawet podanie informacji prawdziwej, ale niepełnej. Jakkolwiek trudno jest oczywiście przewidywać, czy praktyka stosowania prawa będzie inaczej traktować przepisy dotyczące praktyk rynkowych, to jednak w pełni możliwe jest moim zdaniem stosowanie prawa w taki sposób, że między regulacją art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k., a przepisami dotyczącymi nieuczciwych praktyk rynkowych nie będzie istotnych różnic. Inaczej mówiąc, zakres zachowań dozwolonych i zakazanych może być ukształtowany bardzo podobnie. Wniosek ten wspiera okoliczność, że zarówno na gruncie art. 16 ust. 1 pkt 2 u.p.n.p.r, jak i na podstawie art. 5 ust. 1 i 6 ust. 1 u.p.n.p.r konieczne jest wykazanie możliwego wpływu reklamy na zachowanie rynkowe (decyzję rynkową) konsumenta. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym podkreśla, przez definicję generalną pojęcia nieuczciwej praktyki, istotność wprowadzenia w błąd, podczas gdy na gruncie art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. kryterium to nie jest wprost wypowiedziane. Jednakże wydaje się oczywiste, że także stosując tę ostatnią regulację należy wymagać, by wprowadzenie w błąd dotyczyło okoliczności mającej istotne znaczenie dla zawarcia umowy. Wniosek ten można wyprowadzić z samej treści tego przepisu, jeśli bowiem reklama ma wpłynąć na decyzję konsumenta i jeśli dokonujemy oceny zestandaryzowanej (tzn. w oparciu o wzorzec konsumenta, a nie konkretnego konsumenta), to oczywistym jest, że nie każda informacja błędnie podana może, rozsądnie oceniając, zdecydować o tym, czy konsument nabędzie towar lub usługę. Podkreślenie tej kwestii w regulacji u.p.n.p.r jest jednak zasadne, ponieważ na gruncie tej ustawy konsument może sam występować z roszczeniami. O ile na gruncie u.z.n.k. oczywistym jest, że „wzorcem” może być w tym kontekście jedynie przeciętny konsument (sprawa jest bowiem wszczynana przez przedsiębiorcę i konsument funkcjonuje w niej właśnie jako abstrakcyjny wzorzec), o tyle nie jest to już tak oczywiste na gruncie u.p.n.p.r., ponieważ konsument jest powodem, a zatem możnaby sobie wyobrazić, że to jego indywidualne przekonania będą brane pod uwagę. Obowiązująca regulacja zapobiega takiej interpretacji, co zasługuje na poparcie. Inną sprawą jest to, czy problem ten nie pojawi się w związku z koniecznością dowiedzenia przez konsumenta jego naruszonego lub zagrożonego przez nieuczciwą praktykę rynkową interesu.

---

<sup>3</sup> Na temat wzorca konsumenta w orzecznictwie europejskim jeszcze przed przyjęciem dyrektywy 2005/29/WE zob. A. Tischner, *Model przeciętnego konsumenta*.... Co do dyrektywy 2005/29/WE zob. M. Sieradzka, *Wzorzec „przeciętnego konsumenta”*..., s. 19 i n.

Z powyższego zdaje się wynikać, że podstawowa różnica między regulacją u.z.n.k. o reklamie wprowadzającej w błąd a „nową” regulacją u.p.n.p.r. sprowadza się do tego, że inaczej określono krąg podmiotów legitymowanych do występowania z roszczeniami. Z punktu widzenia implementacji dyrektywy 2005/29/WE istotniejsze jest jednak co innego, a mianowicie jak, po wejściu w życie u.p.n.p.r., należy na gruncie prawa polskiego oceniać wprowadzającą w błąd reklamę, mając na uwadze to, iż to dyrektywa 2005/29/WE ma za zadanie chronić konsumentów, dyrektywa o reklamie wprowadzającej w błąd została w związku z tym znowelizowana w ten sposób, że usunięto z niej interes konsumentów, a w następstwie tego u.z.n.k. została znowelizowana w ten sposób, że interes konsumentów jako cel ochrony tej ustawy usunięto z jej art. 1. Nad tym wszystkim „unosí się” jeszcze problem reklamy porównawczej, która na gruncie prawa wspólnotowego pozostała poddana „starej”, choć nieco zmienionej, regulacji, do czego powrócimy poniżej.

Nietrudno zauważyć, że powyżej opisany stan prawny jest raczej skomplikowany i może doprowadzić do dość niespodziewanych konsekwencji. Wydaje się, że najłatwiej jest wyjaśnić te komplikacje używając jako przykładów różnych rodzajów wprowadzającej w błąd reklamy, rozróżnianych z uwagi na adresatów oraz potencjalnych nabywców reklamowego towaru lub usługi. Załóżmy więc, że mamy do czynienia z:

- 1) Reklamą produktu konsumpcyjnego kierowaną do konsumentów,
- 2) Reklamą produktu profesjonalnego kierowaną do profesjonalistów,
- 3) Reklamą produktu który może mieć zastosowania zarówno profesjonalne jak i konsumenckie, kierowaną do ogółu,
- 4) Reklamą wizerunkową.

Nie ulega wątpliwości, że reklama produktu profesjonalnego, kierowana do przedsiębiorców nie powinna być oceniana na podstawie przepisów u.p.n.p.r., a zatem jedyną regulacją, która nadal znajduje zastosowanie będzie art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. i ewentualnie inne przepisy tej ustawy. W pozostałych przypadkach odpowiedź nie jest tak oczywista.

Jeśli reklama jest kierowana do konsumentów, co zazwyczaj oznacza, że dotyczy produktu przeznaczonego dla konsumentów, wydaje się iż jedynym wzorcem oceny mogą być przepisy u.p.n.p.r. – w przeciwnym razie wszystkie opisane wyżej zmiany legislacyjne byłyby niewytłumaczalne. Jak starałem się wyżej wyjaśnić, nie musi to co do meritum powodować żadnych poważnych zmian – inaczej mówiąc, to czy reklama wprowadza w błąd byłoby ocenione bardzo podobnie, jeśli nie identycznie także na gruncie art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. Problem polega jednak na tym, że skoro reklama może być oceniona jedynie na gruncie przepisów u.p.n.p.r., to należałoby uznać, że skutki prawne tej oceny także podlegają przepisom tej ustawy. Oznaczałoby to, iż jedynie podmioty legitymowane do występowania z roszczeniami na gruncie u.p.n.p.r. mogłyby dochodzić tych roszczeń

przed sądem, co wyklucza konkurentów przedsiębiorcy stosującego wprowadzającą w błąd reklamę. Umożliwienie im występowania na drogę sądową wymagałoby na pierwszy rzut oka akceptacji wyżej omówionego poglądu, zgodnie z którym możliwe jest „konwertowanie” nieuczciwej praktyki rynkowej w czyn nieuczciwej konkurencji dzięki klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Tego rodzaju stanowisko prowadzi jednak i tak do równoległego stosowania u.z.n.k., więc wypada się zastanowić, czy do podobnych skutków nie pozwoliłoby dojść rozwiązanie prostsze. Można by mianowicie uznać, że art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. nadal znajduje zastosowanie do reklamy kierowanej do konsumentów, jeśli narusza ona interes przedsiębiorcy w rozumieniu u.z.n.k. (także poprzednio sugerowane rozwiązanie wymaga tego samego kroku, albowiem wynika to wprost z treści art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Tego rodzaju podejście sprawia jednak, iż teoretycznie możliwe jest zastosowanie na gruncie u.z.n.k. innych kryteriów oceny niż wynikające z u.p.n.p.r., to zaś z uwagi na maksymalnych charakter harmonizacji dyrektywą 2005/29/WE nie jest dopuszczalne. Z kolei dopuszczalność „przeniesienia” praktyki nieuczciwej na grunt u.z.n.k. jest dość wątpliwa na gruncie prawa krajowego – nietrudno zauważyć bowiem, że posługujemy się tu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. jako instrumentem mającym przyznać legitymację czynną przedsiębiorcom w sprawach z zakresu nieuczciwych praktyk rynkowych, a zatem proponujemy rozwiązanie, które ustawodawca uchwalając u.p.n.p.r. z jakiś powodów wyraźnie odrzucił. Konsekwencje uznania, iż wprowadzająca w błąd reklama kierowana do konsumentów podlega wyłącznie u.p.n.p.r. są w dość oczywisty sposób niekorzystne. Dotychczasowa praktyka pokazuje, że to właśnie konkurencyjni przedsiębiorcy byli najbardziej zainteresowani w zwalczaniu nieuczciwej reklamy, a ich aktywność w tym zakresie spełniała także niewątpliwie istotne zadanie prewencyjne. Jeśli obecnie podmioty te nie mogłyby już wszczynać postępowań sądowych, pozostają właściwie dwie drogi postępowania: wykorzystywanie podstawionych konsumentów, którzy będą jedynie stanowić „wehikuł”, za pomocą którego przedsiębiorcy będą realizować swe interesy lub oddanie tej sfery organom publicznym, zwłaszcza Prezesowi UOKiK, co jednak jest możliwe tylko w niektórych przypadkach (trudno bowiem by Prezes UOKiK reagował w przypadku każdej wprowadzającej w błąd reklamy).

Podsumowując, polska implementacja nie powinna w praktyce rodzić problemów związanych ze stosowaniem prawa, w kontekście samego pojęcia wprowadzenia w błąd i kryteriów stosowanych w ocenie tych przypadków. Powoduje ona natomiast poważne trudności w sferze dochodzenia roszczeń.

Jeszcze bardziej skomplikowane wydają się być te sytuacje, w których treść, przedmiot i charakter reklamy nie pozwalają jednoznacznie odpowiedzieć, którą regulację należy stosować. Jest to najbardziej oczywiste w przypadkach wskazanych wyżej pod nr 3 i 4, albowiem są to przypadki reklamy, która może być kierowana zarówno do przedsiębiorców, jak i konsumentów. Nie są to wcale sytuacje wyjątkowe – możliwe, że większość produktów jest nabywanych zarówno przez konsumentów, jak i przez przedsiębiorców, ale w niektórych przypadkach jest to

szczególnie wyraźne. Rodzajem produktu tego rodzaju są np. samochody osobowe. Jest też oczywiście możliwe, że jedna reklama (np. film reklamowy, reklama prasowa) zawiera informacje kierowane do konsumentów i przedsiębiorców. Brak jest podstaw do uznania, że któraś z wchodzących w grę regulacji jest wówczas automatycznie ważniejsza, lub posiada domniemane pierwszeństwo. Prowadzi to do wniosku, że należy je stosować równolegle. Jeśli więc mamy do czynienia z reklamą kierowaną zarówno do konsumentów, jak i przedsiębiorców, to zarówno konsument jak i przedsiębiorca będą mogli wystąpić na drogę sądową, żądając np. zakazu prowadzenia tej reklamy, tyle że każdy na innej podstawie prawnej. Żądanie będzie jednak nakierowane na zakazanie określonej reklamy, a zatem będzie miało ten sam przedmiot. Z uwagi na to, że brak będzie tożsamości stron, nie istnieją przesłanki zawieszenia jednego postępowania do czasu zakończenia drugiego, co sprawia, że będą się one mogły toczyć równolegle i będą także mogły zakończyć się innym co do treści orzeczeniem. Jest np. możliwe, że jeden sąd oddalił żądanie konsumenta, a drugi uwzględnił żądanie przedsiębiorcy, lub odwrotnie. Sąd oceniający reklamę na żądanie przedsiębiorcy będzie stosował u.z.n.k., a zatem może dojść także (choć raczej rzadko) do zastosowania odmiennych kryteriów oceny. M.in. z tego powodu nierozsądny zamysł ustawodawcy unijnego polegający na rozdzieleniu sfer B2B i B2C uderza pośrednio w realizację innego celu dyrektywy, tj. zasadę harmonizacji maksymalnej.

Szczególnym rodzajem reklamy wprowadzającej w błąd jest posługiwanie się oznaczeniami wprowadzającymi konsumenta w błąd co do pochodzenia towaru. Tego rodzaju zachowanie może zostać na gruncie u.z.n.k. zakwalifikowane zarówno jako reklama wprowadzająca w błąd jak również jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 10 ustawy. Jeśli przedsiębiorcy przysługuje prawo ochronne na znak towarowy, dojdzie również z reguły do naruszenia tego prawa, co otworzy możliwość realizacji roszczeń przyznanych uprawnionemu w ustawie prawo własności przemysłowej. Także na tym przykładzie dostrzec można, że to samo (w sensie faktycznym) zachowanie może stanowić naruszenie różnych przepisów prawa. Dyrektywa 2005/29/WE nie jest w stanie wyłączyć wszystkich tego rodzaju regulacji i nie powinna tego robić. Zatem „praktyka wprowadzająca w błąd”, będąca równocześnie naruszeniem praw do znaku towarowego będzie mogła być „niezależnie” oceniona na gruncie prawa własności przemysłowej, nawet jeśli kryteria tej oceny będą inne od wskazanych w tej dyrektywie.

### 3. Wprowadzająca w błąd reklama porównawcza

Nigdzie chyba komplikacje wywołane rozdzieleniem sfer B2B i B2C w dyrektywie 2005/29/WE nie uwidaczniają się tak wyraźnie jak w przypadku reklamy porównawczej. Reklama porównawcza pozostaje poddana regulacji dyrektywy 2006/114/WE dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównaw-

czej<sup>4</sup>, a zatem, w prawie polskim, powinna pozostać poddana regulacji art. 16 ust. 3 u.z.n.k. Powodem przyjęcia takiego rozwiązania było zapewne przekonanie, iż reklama porównawcza, ze swej istoty, uderza w interes konkurenta, a zatem przedsiębiorcy. To interes przedsiębiorcy jest tu w konsekwencji naruszony bezpośrednio (jest interesem wiodącym), a interes konsumenta znajduje się na drugim planie. Taki obraz reklamy porównawczej nie jest jednak z pewnością poprawny. Po pierwsze, reklama porównawcza została uznana za dozwoloną właśnie w interesie konsumentów (rola informacyjna), po drugie zaś trudno jest *in abstracto* zdecydować, że w reklamie porównawczej zawsze „bardziej zagrożony” jest interes konkurenta niż interes konsumentów. Reklama porównawcza może mieć silniejszy wpływ na decyzje konsumentów, aniżeli reklama „zwykła”, ponieważ przekaz tego rodzaju zazwyczaj wydaje się konsumentom bardziej przekonujący i zawierający większą ilość informacji niż typowa reklama, w której bardziej są oni przyzwyczajeni do przesady i komunikatów czysto wizerunkowych.

Ustawodawca unijny, pozostawiając reklamę porównawczą pod rządami dyrektywy 84/450/EWG, dokonał nowelizacji art. 3a tej dyrektywy w ten sposób, że wyraźnie odwołał się w zakresie wprowadzającego w błąd charakteru reklamy porównawczej do dyrektywy 2005/29/WE. Art. 4 lit. a dyrektywy 2006/114/WE ma obecnie następujące brzmienie:

Reklama porównawcza, w zakresie, w jakim dotyczy to porównania, jest dozwolona, jeżeli spełnia następujące warunki:

- a) nie wprowadza w błąd w rozumieniu art. 2 ust. 2, art. 3 i art. 7 ust. 1 niniejszej dyrektywy lub w rozumieniu art. 6 i 7 dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym.

Dalsze przesłanki (pkt b-h) pozostały bez zmian.

Jest to zatem ciekawa konstrukcja, która może się również okazać pomocna w rozwiązaniu problemu „zwykłej” reklamy wprowadzającej w błąd, a także może mieć wpływ na interpretację art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. w kierunku, który może pozwolić na zastosowanie rozwiązania nie wymagającego „przekształcania” nieuczciwych praktyk rynkowych w czyny nieuczciwej konkurencji na gruncie prawa polskiego. Niewątpliwie pierwszym wnioskiem, jaki wynika z wyżej opisanej zmiany jest jednak to, iż ustawodawca wspólnotowy uważa reklamę porównawczą za praktykę naruszającą przede wszystkim interesy przedsiębiorców (zmieniono art. 1 dyrektywy 84/450/EWG, „usuwając” z niego interesy konsumentów jako przedmiot ochrony dyrektywy). Z drugiej strony punktem odniesienia dla wprowadzenia w błąd ma być także regulacja dyrektywy 2005/29/WE. Jeżeli reklama skierowana jest do konsumentów, to czy może wprowadzać ona w błąd bada się na podstawie kryteriów wynikających z dyrektywy 2005/29/WE, jeśli jednak reklama porównawcza jest kierowana do przedsiębiorców (co wydaje się w pełni

---

<sup>4</sup> Zastępuje ona dyrektywę 84/450/EWG, przejmując większość jej postanowień.



możliwe), ocena ryzyka wprowadzenia w błąd winna nastąpić na podstawie przepisów dyrektywy 2006/114/WE. Jak wskazano, w praktyce różnice nie muszą tu być wcale doniosłe.

Dyrektywa działa za pomocą krajowego prawa implementującego jej postanowienia, a zatem do konstrukcji stosowanych przez dyrektywę „dochodzą” problemy wynikające z takiej implementacji oraz z zasad wykładni prawa krajowego. Zauważmy na wstępie, że na gruncie dyrektywy 2006/114/WE, która ma chronić przed reklamą wprowadzającą w błąd *przedsiębiorców*, ustawodawca wspólnotowy nie widzi żadnej sprzeczności w zastosowaniu jako miernika przesłanki wprowadzenia w błąd regulacji *stricte* konsumenckiej. Jednak oznacza to również, że przedmiotem regulacji dotyczącej reklamy porównawczej musi być także reklama porównawcza kierowana do konsumentów (np. reklama produktu konsumenckiego) – w przeciwnym razie omawiana regulacja nie miałaby sensu. Innymi słowy, nie powinno budzić kontrowersji, że na gruncie dyrektywy 2006/114/WE ustawodawca wspólnotowy uznaje za możliwe dochodzenie roszczeń przez przedsiębiorcę przeciwko drugiemu przedsiębiorcy w związku z niedozwoloną (np. wprowadzającą w błąd) reklamą porównawczą, kierowaną do konsumentów. Punkt 6 preambuły dyrektywy 2005/29/WE zawiera następujące zastrzeżenie:

Niniejsza dyrektywa nie obejmuje również ani nie wpływa na przepisy dyrektywy 84/450/EWG dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd przedsiębiorstwa, ale niewprowadzającej w błąd konsumentów, oraz dotyczącej reklamy porównawczej. Nie ma ona również wpływu na przyjęte praktyki związane z reklamą i wprowadzaniem produktów do obrotu, takie jak prawnie dozwolone lokowanie produktu (product placement), różnicowanie marki lub stosowanie zachęt, które mogą w sposób zgodny z prawem oddziaływać na postrzeganie produktów przez konsumentów i wpływać na ich zachowanie, nie zakłócając ich zdolności do podejmowania świadomej decyzji.

Z użytego tu sformułowania wynika więc, że dyrektywa 2006/114/WE (a zatem zasadniczo także regulacje krajowe ją implementujące) dotyczy (a) reklamy wprowadzającej w błąd nie-konsumentów oraz (b) reklamy porównawczej, niezależnie od tego czy wprowadza w błąd konsumentów, czy także podmioty nie będące konsumentami. Dyrektywa 2005/29/WE obejmuje zaś reklamę wprowadzającą w błąd, jeśli wprowadzenie w błąd dotyczy konsumentów oraz, jak należy przyjąć (por. art. 6 ust. 2 lit. a dyrektywy) reklamę porównawczą wprowadzającą w błąd konsumentów, ale tylko jeśli wprowadzenie w błąd powoduje mylenie produktów, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych znaków odróżniających. W zakresie reklamy porównawczej wprowadzającej w błąd konsumentów co do tych elementów istnieją zatem dwie równoległe regulacje. Nadal nie jest w pełni jasne, jak winno się oceniać reklamę, która jest kierowana zarówno do konsumentów, jak i nie-konsumentów. Użyte w preambule dyrektywy 2005/29/WE sformułowanie (w odniesieniu do dyrektywy 84/450/EWG) „ale niewprowadzającej w błąd konsumentów”, czytane dosłownie oznaczałoby, że reklama, która może wprowadzać w błąd konsumentów (tj. jest kierowana także do konsumen-

tów) zawsze podlega ocenie tylko na gruncie dyrektywy 2005/29/WE, byłoby to jednak, jak się wydaje rozwiązanie co najmniej kontrowersyjne. Należy jednak dodać, że w przypadku reklamy zawierającej obok siebie informacje kierowane do konsumentów i przedsiębiorców (np. reklama samochodu, w której obok podkreślenia parametrów technicznych znajdują się informacje o szczególnie korzystnych warunkach leasingu dla firm), zawiera w istocie kilka przekazów reklamowych, które można oceniać oddzielnie. W podanym przykładzie dopuszczalne będzie dokonanie oceny w zakresie parametrów technicznych w oparciu o zasady wynikające z dyrektywy 2005/29/WE (parametry techniczne mogą mieć znaczenie zarówno dla konsumentów, jak i nie-konsumentów), natomiast w zakresie oferty leasingu dla firm na podstawie zasad wynikających z dyrektywy 84/450/EWG. Jeszcze raz przypomnieć trzeba, że nie musi to w praktyce prowadzić do odmiennych rezultatów.

Jak jednak wskazano, dodatkowe komplikacje pojawiają się w prawie krajowym. Na gruncie prawa polskiego dyrektywa 2006/114/WE jest implementowana przez art. 16 u.z.n.k. (reklama porównawcza przez art. 16 ust. 3 u.z.n.k.). Wiemy już, że reklama porównawcza podlegająca dyrektywie 2006/114/WE może być reklamą kierowaną do konsumentów. Należałoby więc przyjąć, że także na gruncie art. 16 ust. 3 u.z.n.k. reklama porównawcza może być kierowana do konsumentów. W treści art. 16 u.z.n.k. (w tym jego ust. 3) nic nie wskazuje jednak na jakiegokolwiek zmiany, w szczególności zaś nie dokonano zmiany art. 16 ust. 3 pkt 1 u.z.n.k. w zakresie definicji reklamy wprowadzającej w błąd. Zachowując zasadę wykładni prowsłnotowej musi to oznaczać, że polski ustawodawca uznał, iż zmiana nie była konieczna, albowiem art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. „zawiera w sobie” wszystkie bardziej szczegółowe przesłanki i okoliczności dotyczące wprowadzenia w błąd w przepisach u.p.n.p.r. Oznaczałoby to, że kryteria przyjęcia, iż miała miejsce reklama wprowadzająca w błąd są identyczne na gruncie u.z.n.k. i u.p.n.p.r.

Takie stanowisko, gdyby uznać je za trafne, miałoby interesujące konsekwencje. Po pierwsze, przedsiębiorca mógłby wprost dochodzić roszczeń wynikających z art. 18 u.z.n.k. w przypadku, gdyby inny przedsiębiorca dopuścił się wprowadzającej w błąd reklamy porównawczej kierowanej do konsumentów (oczywiście czynem nieuczciwej konkurencji jest też wprowadzająca w błąd reklama porównawcza, kierowana do nie-konsumentów). Po drugie, jeśli to co powiedziano wyżej jest prawdą, należałoby także uznać, że przedsiębiorca może dochodzić wynikających z art. 18 u.z.n.k. roszczeń wobec innego przedsiębiorcy, jeśli ten odpowiada za reklamę wprowadzającą w błąd, także wtedy gdy była ona kierowana do konsumentów. Jeśli bowiem przesłanka, o której mowa w art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. w odniesieniu do reklamy porównawczej zawiera w sobie kryteria wynikające z u.p.n.p.r., to zasady wykładni prawa krajowego wykluczają przyjęcie, że ten sam przepis ma jakieś inne znaczenie wtedy, gdy reklama, do której się go stosuje, nie jest reklamą porównawczą. Oznaczałoby to, że polski ustawodawca w obrocie niekonsumenckim (tam, gdzie prawo unijne oparte jest na zasadzie

harmonizacji minimalnej) w sposób „ukryty” wyszedł poza wymagania dyrektywy 2006/114/WE i przejął z dyrektywy 2005/29/WE kryteria odnoszące się do konstrukcji „wprowadzenia w błąd”. Tym samym reklama wprowadzająca w błąd konsumenta także jest reklamą stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji (art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k.), co umożliwia przedsiębiorcy występowanie na drogę sądową.

Alternatywne wyjaśnienie braku nowelizacji art. 16 ust. 3 pkt 1 u.z.n.k. prowadziłoby natomiast do wniosku, że na gruncie tego przepisu czynem nieuczciwej konkurencji nie mogłaby być reklama porównawcza kierowana do konsumentów, co powodowałoby, jak się wydaje, niezgodność prawa polskiego z dyrektywą 2006/114/WE.

Niewątpliwie jednak polski ustawodawca nie docenił konieczności dokonania zmian w ustawach powiązanych z regulacjami nieuczciwych praktyk rynkowych. Zmiana art. 1 u.z.n.k. nie może być uznana za wystarczającą.

#### 4. Inne czyny nieuczciwej konkurencji

Zawarta w u.p.n.p.r. regulacja praktyk wprowadzających w błąd nie dotyczy jedynie art. 16 u.z.n.k., lecz wpływa także na inne czyny nieuczciwej konkurencji, których elementem jest wprowadzenie konsumenta w błąd. Dotyczy to art. 5, 10, 13 i 14 u.z.n.k. Sprzeczne z celem i funkcją dyrektywy byłoby bowiem doprowadzenie do sytuacji, w której dane zachowanie nie stanowiłoby nieuczciwej praktyki rynkowej (mimo że byłoby „praktyką rynkową”), ale mogłoby zostać zakazane z powołaniem się na inne przepisy dotyczące zachowań rynkowych. Należy zresztą podkreślić, że m.in. dlatego dyrektywa 2005/29/WE posługuje się szerokimi klauzulami ogólnymi opisującymi pewne cechy zachowania, nie zaś „zastanymi” pojęciami takimi jak np. reklama. Pojęcia bardziej pojemne pozwalają bowiem na objęcie nimi określonego charakteru zachowań, niezależnie od ich konkretnej nazwy.

#### Wnioski

Reklama wprowadzająca w błąd niewątpliwie objęta jest zakresem dyrektywy 2005/29/WE. Rozdzielenie przez polskiego ustawodawcę sfer B2B oraz B2C oraz pozostawienie regulacji dotyczącej reklamy porównawczej w niezmienionym stanie, prowadzi do stanu dość poważnej niepewności prawnej, nie jest bowiem w pełni jasne na jakiej podstawie przedsiębiorca może kwestionować wprowadzającą w błąd reklamę innego przedsiębiorcy. Literalna interpretacja ustaw prowadziłaby wręcz do wniosku, że nie jest to możliwe w sytuacji, w której reklama kierowana jest do konsumentów. Zaproponowana wyżej wykładnia w pewnym zakresie rozwiązuje ten problem. Kwestia ta jest natomiast niezwykle istotna praktycznie, ponieważ można oczekiwać, że większość spraw sądowych dotyczących wprowadzającej w błąd reklamy inicjowana będzie przez przedsiębiorców, a nie konsumentów.

## 5. Postacie reklamy wprowadzającej w błąd na „czarnej liście”

Art. 7 u.p.n.p.r. zawiera listę 23 przypadków praktyk wprowadzających w błąd w każdych okolicznościach. Ponieważ pojęcie reklamy nie jest w pełni ostre, w zależności od jego węższej lub szerszej definicji znaczna lub jeszcze znacznie większa część owych 23 typów zabronionych zachowań może zostać zakwalifikowana jako postać wprowadzającej w błąd reklamy. W każdym przypadku będzie to jednak część bardzo istotna. Oceniając polską regulację ustawową należy po pierwsze zadać sobie pytanie, czy owa lista wprowadza do prawa polskiego coś rzeczywiście nowego, tj. czy poza oczywistą w takich sytuacjach funkcją klaryfikacyjną, pozwala uznać za zakazane zachowanie, które nie stanowiłoby np. wprowadzającej w błąd reklamy na gruncie art. 16 u.z.n.k. Wydaje się, że odpowiedź na tak zadane pytanie będzie raczej przecząca, tym niemniej interesujące jest, że pewne postacie wprowadzających w błąd praktyk były dotychczas ujmowane na gruncie prawa polskiego w nieco innym kontekście.

Analizując poszczególne zakazane w każdych okolicznościach praktyki wprowadzające w błąd trudno oprzeć się wrażeniu, że są one w większości intuicyjnie oczywiste. Praktycznie w każdym przypadku są to zachowania niewątpliwie wprowadzające w błąd. Wydaje się, że umieszczenie ich na liście zakazanych klauzul jest bardziej pomocne z punktu widzenia drugiej przesłanki uznania zachowania za zakazane, tj. możliwości wpłynięcia na decyzję konsumenta. Ustawodawca zakłada, że podanych w art. 7 u.p.n.p.r. przypadkach wpływ taki zawsze potencjalnie istnieje.

Dla nauki prawa listy takie jak właśnie omawiane są interesujące m.in. z tego powodu, że pozwalają na rozstrzygnięcie pewnych spornych w doktrynie i orzecznictwie kwestii przez zastosowanie metody, którą można nazwać indukcyjną. Skoro bowiem dane zachowanie zostaje uznane za zakazane i skoro jest ono względnie dokładnie opisane (przez podanie jego cech, które, jak się wydaje, ustawodawca uznaje za szczególnie naganne, tj. takie, które decydują o jego bezprawności), to możliwe jest „wyjście poza” egzegezę poszczególnych punktów art. 7 u.p.n.p.r. i podjęcie próby ustalenia, jakie bardziej ogólne wnioski z nich wynikają. Poniżej postaram się podjąć taką próbę na podstawie niektórych rodzajów praktyk bezwzględnie zakazanych.

Art. 7 pkt 1 u.p.n.p.r. stanowi, że praktyką nieuczciwą w każdych okolicznościach jest „podawanie przez przedsiębiorcę informacji, że zobowiązał się on do przestrzegania kodeksu dobrych praktyk, jeżeli jest to niezgodne z prawdą”. Ta postać praktyki zakazanej, wskazuje, że praktyka wprowadzająca w błąd nie musi mieć bezpośredniego związku z konkretnymi produktem lub usługą, lecz może również odnosić się do sfery wizerunkowej danego przedsiębiorcy.

Art. 7 pkt 3 oraz pkt 4 u.p.n.p.r. zwracają uwagę, iż nieuczciwe jest powoływanie się na różnego rodzaju zatwierdzenia lub uprawnienia, zwłaszcza wydawane przez podmioty publiczne. Ustawodawca opiera się tu na założeniu, że w dzisiej-

szym świecie, wobec ogromnej liczby konkurujących towarów lub usług, różnego rodzaju certyfikaty, zatwierdzenia, itp. uwiarygodniają w wysokim stopniu danego przedsiębiorcę lub jego ofertę. Pozwala to na uznanie, iż co do zasady nie tylko praktyka wyżej opisana, ale także inne formy posługiwania się takim przekazem mogą budzić poważne wątpliwości. Przykładem jest sytuacja, w której dany podmiot stwarza wrażenie, iż przyznana mu zgoda, zatwierdzenie, itp. jest unikalna, podczas gdy jest ona na rynku oczywista i powszechnie stosowana (np. stanowi w ogóle warunek prowadzenia danego rodzaju działalności).

Art. 7 pkt 5 i 6 u.p.n.p.r. dotyczące tzw. reklamy przynęty lub przynęty i zamiany pokazują, że praktyka wprowadzająca w błąd może odnosić się do okoliczności, w których z dużym prawdopodobieństwem nie dojdzie do reklamowanej transakcji. Jeśli np. mamy do czynienia z reklamą pewnej oferty specjalnej, która nie może być zrealizowana z powodu braku wystarczającej liczby produktów, to konsument może nie zawrzeć transakcji, jednakże został wprowadzony w błąd na etapie przedkontraktowym, albowiem skłoniono go do dokonania pewnych czynności (np. udania się do sklepu), których inaczej by nie podjął. Ustawodawca uważa, że w takiej sytuacji konsument może zawrzeć inną transakcję (zadziałać może przekonanie, iż skoro już konsument wykonał pewien wysiłek i udał się do sklepu, to powinien coś kupić). Innymi słowy nieuczciwe wprowadzenie w błąd może polegać na „przygotowaniu” konsumenta do jakiegokolwiek transakcji, a nie tylko do konkretnie reklamowanej. Wyklucza to np. uznanie, iż nie doszło do zachowania bezprawnego w sytuacji, w której wprowadzony w błąd konsument uzyska „na miejscu” wszelkie konieczne informacje „prostujące” owo wprowadzenie w błąd.

Zgodnie z art. 7 pkt 10 u.p.n.p.r. praktyką nieuczciwą w każdych okolicznościach jest *prezentowanie uprawnień przysługujących konsumentom z mocy prawa, jako cechy wyróżniające ofertę przedsiębiorcy*. Jest to w istocie postać zaniechania wprowadzającego w błąd, ponieważ element naganny polega tu nie na poinformowaniu konsumenta o jego prawach, lecz na tym, że wytwarzane jest wrażenie szczególnej atrakcyjności oferty, podczas gdy w rzeczywistości reklamowane korzyści przysługiwałyby konsumentowi niezależnie od woli przedsiębiorcy<sup>5</sup>.

Art. 7 pkt 11 u.p.n.p.r. uznaje za praktykę nieuczciwą kryptoreklamę (wykorzystywanie treści publicystycznych w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu w sytuacji gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta). Na gruncie u.p.n.p.r. jest to zatem niewątpliwie postać praktyki wprowadzającej w błąd (mogąca i najczęściej przybierająca formę reklamy wprowadzającej w błąd), podczas gdy na gruncie art. 16 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. za czyn nieuczciwej konkurencji odrębny od reklamy wprowadzającej w błąd uznano „wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji”. Jakkolwiek opis zachowania zakazanego nie jest

---

<sup>5</sup> Por. R. Stefanicki, *Praktyki handlowe...*, s. 50

identyczny, to jednak w obu tych przepisach mamy do czynienia z tożsamym elementem nagannym, polegającym na ukryciu rzeczywistego charakteru przekazu. Wnioskiem bardziej ogólnym, jaki można wyprowadzić z omawianych regulacji jest zwrócenie uwagi na to, iż wprowadzenie w błąd może odnosić się nie tylko do przedmiotu danej wypowiedzi, ale także do jej charakteru. Jest to spójne z założeniem, iż regulacje zwalczające różne formy wprowadzania w błąd mają przede wszystkim za zadanie umożliwienie konsumentowi świadomej i racjonalnej decyzji, niezależnie od tego, jaka ona będzie. Ich konstrukcja przypomina zatem teorie sprawiedliwości proceduralnej, a nie materialnej. W konsekwencji, przedsiębiorcy nie „uratuje” fakt, iż kryptoreklama jest w danych okolicznościach prawdziwa – ponieważ oszukano co do charakteru przekazu, konsument nie mógł podjąć w pełni świadomej decyzji, mimo że ostatecznie nawet wiedza o reklamowym charakterze przekazu nie powinna go prowadzić do podjęcia decyzji odmiennej. Podobny element „naganny” można odnaleźć w praktyce określonej w art. 7 pkt 22 u.p.n.p.r.

Uważam, że w katalogu zawartym w art. 7 u.p.n.p.r. nie znajduje się (może poza pkt 14) praktyka, która nie mogłaby zostać za reklamę wprowadzającą w błąd (lub ewentualnie inną formę reklamy zakazanej) na gruncie art. 16 u.z.n.k. Jednak, jak próbowałem wykazać, wyrażne wymienienie takich zachowań może pełnić także inną od czysto informacyjnej funkcję, może ono mianowicie pozwolić wyjaśnić pewne wątpliwości, tj. wpłynąć na wykładnię bardziej ogólnych pojęć, takich jak wprowadzenie w błąd czy możliwość wpływu na decyzję konsumenta. W takiej roli art. 7 u.p.n.p.r. może mieć znaczenie nie tylko dla tej ustawy, ale także dla wykładni art. 16 u.z.n.k., nawet wtedy, gdy ten ostatni stosować będziemy jedynie w relacjach B2B.